19



POR EL EXCELENTISSIMO SEÑOR DUQUE DE MEDINA, Y DE ALCALA, DEL CONSEIO DE ESTADO, CAPITAN GENERAL DEL MAR OCCEANO, Y COSTAS DEL ANDALUZIA, &c.

CON

La Fabrica de Santiago el Viejo, y su Mayordomo.



RETENDE El Duque mi señor, que se enmiende la sentencia de vista deste pleito, y reuoque la del Alcalde don Bernardino de Cordoua, y que se declare por ninguno el censo que el señor Duque don Fernando Enriquez de Ribera impuso en fauor de la dicha Fabrica, en quanto a la calidad de plata, y que cumple el sucessor, y sucessores en el Estado de Alcalá con pagar en moneda de vellon, sin premio, y que se le han de restituir los indebidamente cobrados, o que se han de imputar en la suerte principal.

1 Para lo qual se supone q̃ el dicho señor Duque dõ Fernando tomò el dicho censo, y obligò el dicho Estado en virtud de la facultad de su Magestad, que es en el tenor siguiente.

Por quanto por parte de vos Fernando Enriquez Afan de Ribera, Duque de Alcalâ, nos ha sido hecha relacion, que vos aueis de lleuar vuestra casa a la Ciudad de Barcelona, donde por nuestro mandado nos vais a seruir en el gouierno del nuestro Principado de Cataluña, y que a causa de estar vuestra hazienda muy alcançada, assi con las cargas con que la heredastes de vuestro abuelo, como por los gastos tan importantes, y necessarios que aueis tenido en diuersos pleitos, y en el que aueis fenecido en nuestra Corte con el Marques de Montemayor, a que aueis assistido tantos años, os hallais impossibilitado de poder acudir a los gastos forçosos que se os han de ofrecer, suplicandonos, que teniendo consideracion a todo lo referido, fuessemos seruido de concederos facultad nuestra para imponer a censo sobre los bienes, y rentas de vuestra casa, Estado, y Mayorazgo, treinta mil ducados de principal, o como la nuestra merced fuesse. Y Nos, acatando lo susodicho, auemos tenido por bien, y por la presente, de nuestro proprio motuo, y cierta ciencia, y poderio Real absoluto, de que en esta parte queremos vsar, y vsamos, como Rey, y señor natural, no reconociente superior en lo temporal, damos licencia, y facultad a vos el dicho Duque de Alcalà, para que para el efecto susodicho, y no otro alguno, podais poner, e impongais sobre los bienes, y rentas de la dicha vuestra casa, Estado, y Mayorazgo, el censo al quitar que se montare solamente veinte mil ducados de principal, que montan siete quentos y quinientos mil marauedis en fauor de qualesquier personas con quien os cortaredes, como no sea a mas, ni a menos de veinte mil el millar.

Y prosigue. *Y otorgar sobre ello las cartas de censo, y obligaciones, y otras qualesquier escrituras, que para firmeza, y validacion de*

de lo susodicho fueren necessarias de se hazer. Las quales Nos por la presente confirmamos, loamos, y aprobamos, e interponemos a ellas, y a cada vna dellas nuestra autoridad Real. Y queremos, y mandamos, que valgan, e sean firmes, y valederas (en quanto fueren) conformes, y no excedieren, ni passaren de lo contenido en esta nuestra facultad, &c.

4 En virtud de la qual facultad, el señor Duque don Fernando otorgò escritura de censo en fauor de la Capellania que administra la dicha Fabrica: y tambien como su fiadora se obligò mi señora la Duquesa su muger, en que ay las clausulas del tenor siguiente.

Primera clausula.

5 Primeramente, con condicion, que luego, e cada y quando, y en qualquier tiempo que sea, que nosotros, e nuestros herederos, e sucessores en nuestro Estado, e Mayorazgo quisieremos quitar, e redimir este dicho tributo, lo podamos hazer, con que primero, y ante todas cosas paguemos, boluamos, e restituyamos a las dichas Capellanias los dichos 1. quento 731U500. marauedis del precio principal deste tributo, con sus corridos, que se debieren hasta entonces, puestos, e depositados en el Depositario General desta Ciudad de Seuilla, y para que de alli se buelnan a emplear a nombre de las dichas Capellanias: el qual dicho deposito se ha de hazer con citacion del Mayordomo de la dicha Fabrica, y con interuencion del Prouisor de la Santa Iglesia desta Ciudad, e todos juntos, en vna paga, e no en dos, ni en mas pagas, aunque de derecho se nos permita, e lo podamos hazer: cuyo remedio, e las leyes, e derechos, e motuos que sobre ello en nuestro fauor, e de nuestros sucessores sean, o ser puedan, expressamente las renunciamos de nuestra ayuda, para que no nos valga; y en la misma moneda de reales de plata, que se han de recebir, e sacar agora del dicho deposito, o en otra su semejante, que tenga su propia ley, peso, valor, liga, e bondad, e quilates, de la que aora se vsa, quier valga mas, o menos la moneda en Castilla al tiempo de la dicha redencion: porque si diminucion, o crecimiento huuiere en la dicha moneda, ha de ser, e sea a cargo, e costa de nosotros, e nuestros sucessores, e no a la de dichas Capellanias.

Segunda clausula.

6 *Iten, con condicion, que todo lo corrido, e que fuere corriendo, y el precio principal, se ha de pagar en moneda de reales de plata, e segun, e como lo dize la condicion prim:ra desta escritura, e no en moneda de vellon, ni medios reales, ni reales sencillos.*

7 Y parece que en el dicho pleito ha presentado la parte de la Fabrica testimonio de vna carta de pago que otorgó Martin de Carmona, en virtud de poder que dize tuuo de los señores Duque, y Duquesa de Alcalà, que la clausula que toca a este pleito es la siguiente.

Clausula de la carta de pago.

8 *Otorgo que he recebido, y recebi de Gregorio Roso Ponzon, Depositario General desta Ciudad, 1. quento 732U504 marauedis, los quales son que por mandado del señor Prouisor puso en el Depositario, Don Francisco de Medina Anunzibay, en nombre de don Ioseph, y don Diego de Portugal, por el principal de vn tributo que los susodichos pagauan a la Fabrica de Santiago el Viejo, cuya imposicion primeramente se hizo en fauor de Christoual Lopez platero, por auer tomado la dicha cantidad a tributo los dichos señores Duques, y otorgado escritura en fauor de la dicha Fabrica el dicho señor Prouisor, dió su mandamiento, para que el dicho Depositario me pagasse el dicho 1. quento 732U504 marauedis, como por el mas largamente consta, y parece, que està firmado de su nombre en 16. de Febrero de 1619. el qual le entregô originalmente, por quanto en virtud de èl el dicho Depositario me ha pagado el dicho 1 quento 732U504. marauedis en reales de contado; en la qual dicha cantidad entra, y se comprehende los onze mil reales que el dicho Depositario me librò en Alonso de Medina, de que en la forma referida me doy por pagado, y satisfecho de los dichos 1. quẽto 732U504 marauedis, sobre que renunció la excepcion, y derechos de la prueua, &c.*

9 Y assi mismo se han presentado diferentes cartas de pago, dadas por el Mayordomo de la dicha Fabrica, en fauor del Tesorero del Estado de Alcalà, de la renta deste tributo, en moneda de vellon.

10 Lo qual supuesto, se ajustarà la pretension del Duque mi señor, y su justicia en el silogismo siguiente.

DOMI-

1 Qui operatur contra citra, vel præter formam mandati, vel rescripti seu Regiæ facultatis, lo haze con notoria nulidad.

2 Sed sic est, que el señor Duque don Fernando en auer fincado este tributo en plata, con obligacion de pagar en dicha moneda en todo tiempo sobre el Estado de Alcalà, en virtud de la facultad Real que se le concediò obrò contra citra vel præter, y no conforme a ella.

3 Luego fue ninguno el dicho contrato en el todo, o a lo menos en el excesso, y cumplirà el Duque mi señor con pagar en vellon.

ARTICVLO PRIMERO.

1 Es tan manifiesta la prueua de la mayor de nuestro argumento, que puede passar por notoria por ser textual, l. si pupillorum §. Prætor, ff. de reb. eor. ibi: *Si Prætor tutoribus permisserit vendere, illi obligauerint, vel e contra: an valeat, quod actum est? Mea fert oppinio eum quia aliud fecit quam quod á Pratore decretum est nihil egisse*, l. cum ij, §. si Prætor ff. de transact. l. scimus § si verò, C. de iur. de liber, ex multis, D. Valençuela, cons. 2. num. 75 & cons. 3. num. 46 Barbos. in cap. cum dilecta 22. de rescript. num. 4. y nouissimamente el señor don Nicolas Hermosini en el cap. Pisanijs final. de restitutione spoliatorũ, quæst. 1. per text. dict. cap. cum dilecta de rescriptis & cap. venerabili de officio delegati tenet Euerardus in suo centiloquio 53. quod defectus formæ est magis quam substantiæ & Molin. de primog. lib. 1. cap. 9. num. 17. quod maior est formæ defectus, quam causæ efficientis, & si formæ omissio fiat ex ignorantia, obid nec addi, nec detrahi posse aliquid formæ, quia debet ad vnguem ad impleri in specifica forma & non per equipolens, cuius omissio etiam in minima parte vitiat actum ex multis. Tiraquel. de retract. lignag. gloss. 21. num. 11.

2 Quod procedit con mayor razon en las facultades que se conceden para vender, o obligar los bienes de Mayorazgos, por ser de su naturaleza inalienables. D. Molina de primog. lib. 2. cap 10. num. 77 & lib. 4. cap. 1. num. 2. las quales se deben entender y practicar tan literalmente, que no se pueden estender de persona ad personam, nec de re ad rem, nec de casu ad casum, nec de contractu ad contractum vbi sub est eadẽ, vel maior ratio. D. Molin. de primog. lib. 4. cap. 5. num. 14. con muchos Lima su additionador ad num. 10. y 15. dize: *Formam facultatis ad vnguem tenendam esse, quæ de contractu ad contractum de tempore ad tempus de re ad rem extentionem non recipit hinc est quod nihil agit, qui non seruat formam, siue à Principe, siue à Prætore positam nam forma est à Principe verborum expresio prolata, cui in consulto nihil addi, vel minui potest cap. 1. §. profecto de lege Conrad per quem text scribentes plura decidunt dubia circa res alienari prohibitas ad hoc, quod facultates, & decreta seruentur ad literam nam forma datiua est de esse rei, sicut naturalis, l. quæ tamen, ff. de recep. arbitr.* Ita nec maiori concesso censeatur con sessum, quod est minus Oldrald. cons. 215. col. 2. Decius cap. quia tan

tum de præb.num.6.Menoch.conſ.72. num.11. Salgad. in laberint. 2.part.cap. 4.à num.12.& 14.& cap. 10. à num.45.

3 De que ſe ſigue ſer igualmente ninguno todo lo que ſe haze contra citra, vel præter, quia in hoc cõparantur contra citra, & præter Thuſco, concluſ.39.litera M.num.5. non ſolum in ſubſtantia, ſed in aliqua qualitate etiam minima Thuſcus vbi proxime, num. 54. ex defectu poteſtatis. Salgad. ex multis in laberint.creditor. 2. part. cap. 2. à nu. 10. Con que queda baſtantemente probada la mayor de nueſtro argumento.

ARTICVLO SEGVNDO.

1 La menor de que el ſeñor Duque don Fernando, en auer obligado la caſa, y Mayorazgo de Alcalà a pagar en moneda de plata, obrò contra citra, vel præter, la facultad Real que ſe le concediò, y no conforme a ella, nos toca probar en eſte articulo.

2 Para lo qual es neceſſario preſuponer, que regularmente toda diſpoſicion, en que genericamente ſe promete, o manda, o libra cantidad de reales, o ducados, ſin expreſſar cierta moneda, ſe entiende la mas vil, como en todas las coſas, quæ habent funtionem in genere ſuo, l. nummis 75. ff. de legat.3.l.inter ſtipulantem 83. §. ſi ſtipulante ff. de verb. obligat. ibi: *Quia ſemper in ſtipulationibus id quod minus eſt ſpõderi videtur*, argum.l. fideiuſſor.52 ff. mandat. Tiraquel. de retract. lignag. gloſſ.21. §. 1. dict. Valuençuela conſ.30.num.24.& 53.

3 Ex quo ſequitur, quod ſi in inſtrumento non ſit comprehenſum in qua moneta debeat ſolui dabitur electio debitori, l. vnic. C. de collat. æris, lib. 10. ex multis Valençuel. conſ.30. num. 27. Carrança de monet 4. part. cap.1. §. 7. Amaya in dict. l. 1. C. de coll. æris, num. 11. D. Larrea, alleg. 84.

4 Y que puede pagar en qualquiera moneda de vellon, etiam minutiſſima, lib 6. tit. 14. lib. 6. recop. ibi: *Y que los dichos Receptores, o los que por ellos cobraren tomen y reciban de los que fueren a hazer las pagas las monedas que les dieren, aunque no ſea moneda de oro ni plata ſiendo moneda de la que ſe vſa, y corre en eſtos Reynos.* De que Iuan Gutierrez pract. qq. q. 179. num. 1. §. tertio, infiere la conſequencia ſiguiente. *Si ergo in Receptoribus Regijs exigentibus tributa, & vectigalia magno Regi debita hoc expreſſe cautum eſt à fortiori idem dicendum erit in cæteris creditoribus priuatis:* quem ex multis ſequitur Valençuela, conſ.30. num. 44. el qual num. 45. dize eſtas palabras: *Vlterius etiam comprobatur, quia iſta moneta de vellon eſt vſualis & quæ magis currit in dic. ciuitate Conchenſi ratione euidenti, quod in Domo fabricationis monetæ in ipſa ciuitate deſtinata cuſſa fuere ſeptuaginta millia librarum æris, qua de cauſa repleta fuit ciuitas hac moneta ærea, ſeu de vellon, cum qua omnes contractus regulariter fiunt, vnde ſufficit ſoluere in iſta moneta pro quo facit gloſſ. & DD. in cap. 2. de decimis, & in cap. 2. de maledicis in fine.*

5 Lo qual tanto mas procede, porque eſtà aueriguado, y es coſa notoria, que todas las librãças que dà ſu Mageſtad ſobre ſus rentas reales, aunque ſea ſobre la caſa de la Contratacion, y de la Moneda, y q̃

la

la practica comun del comercio, en todo genero de contratos, y letras de cambio, es, y se entienden auerse de pagar en moneda corriente de vellon, si no es que expressamente se diga, que la cantidad que se libra, y ha de pagar, ha de ser en plata; la qual dicha costumbre es mucho de atender, como lo notan Bart. in l. quæ extrinsecus 65. de verb. oblig. num. 2. y Antonio Fabro in tractatu de varijs numer. de vitor. solut. in compendio §. 2. y el señor Valençuela Velazq. dict. consil. 30. num. 45. ibi: *Quia est inspicienda regionis consuetudo ex l. cum delanionis, §. Asinam ff. de fundo instructo, & alijs.* Pro quo est text. in l. 1. tit. 16. lib. 9. recop. ibi: *Y que los Tesoreros, y recaudadores, y Receptores q̃ huuieren de recoger y recaudar las dichas rentas de los dichos Arrendadores, Fieles, y cogedores, las paguen a nos, y a quien nos en ellos mandamos librar, vn mes despues de las dichas pagas: y assi los dichos Arrendadores, como los dichos Tesoreros, y recaudadores, y Receptores, las paguen en la moneda q̃ corriere en estos nuestros Reynos al tiempo de las pagas.* D. Larrea, allegat. fisc. 24. à num. 21.

6 Y muy juridica, conforme lo que se ha dicho, y a lo que discurre Antonio Fabro en el lugar citado, conclus. 1 ibi: *In nummorum obligationibus siue de solutionis modo dubitetur id vnum inspici perpetuo debet, quænam nummi species in obligatione sit, etsi enim in nummis non tam corpora ipsa cogitanda sunt, quam quæ ex ipsis redigitur quantitas, l. si is cui 94. in principio, ff. de solutionib. propterea quod quatenus nummi sunt præbeant vsum, dominumque ex quantitate, potius quam ex substantia, l. 1. de contrahenda emptione, accipit tamen obligatio legem ex qualitate magnitudine, & pondere quæ in obligatione deducta est l. 1. l. quotiescumq̃. 56. de subceptoribus lib. 10.*

7 Y no auiendo en la facultad Real, que se concediò al señor Duque de Alcalà, condicion, ni permission para poder tomar este dinero en plata, obrò contra ella en obligar al Estado a pagar en dicha moneda de plata: quia mandatum est res in extensibilis, l. diligenter, ff. mandati: el qual non potest extendi ad faciendum rem ex qua poterat magnum præiuditium causari D. Valenç. consf. 78. num. 48. l. cuicũque, §. 4 ff. de inst. action. bonus text. in l. si is cui 94. §. Flauius, ff. de solut. ibi: *Cum verò seruus Titij actor, absente dño pecuniam solueret ne dominium quidem nummorum in eam speciem obligationis, quæ habuit auxilium exceptionis translatum foret si ex ea causa solutio facta proponeretur, quia non est verosimile dominum ad eam speciem soluendis pecunijs seruum præposuisse, quæ solui non deberent.* D. Valenç. consf. 78. num. 56.

8 Considerando, que se le concediò, para que pudiesse imponer sobre las rentas deste Estado, *el censo al quitar que se montasse solamẽte veinte mil ducados de principal, que montan siete quentos y quinientos mil marauedis,* la qual diccion, *tan solamente*, es taxatiua, quæ includit expressum & reliqua excludit l. qui aliena. §. libertos, ff. de negotijs gestis, l. qui sella §. qui actum ff. de seruitutibus rusticorum, & est exceptiua, limitat, restringit, & excludit l. Iulianus, l. non tantum ff. de petitione hæreditatis. Barb. ex multis diction 402. num. 2 y 5. Y porque siendo de genero generalissimo, qual es, *que podais tomar veinte mil ducados de principal,*

cipal que montan siete quentos y quinientos mil marauedis, sin especificacion de moneda; porque no ay ninguna de ducado, antes bien de marauedis, entendiendose, y debiendo entenderse de vellon. (Ant. Fabro de varijs numer. in fine, conclus. 5. ibi: *Non idem dicendum erit si floreni debeantur, nec dictum sit in quatummorum specie solui debeant nam cum florenorum species nulla sit, quæ solui possit nihil est, quod vetet in quadrantibus, quoque solutionem fieri, sufficit hoc casu improbam non esse monetam, quæ soluitur argum. eleganter, §. qui probos depignorat act. l. creditor ff. de solut.* Surd. consſ. 220. num. 1. ibi *Quia librarum denominatio refertur, non minus ad nouam contaminatam monetam, quam ad antiquam bonam, & tam includit currentem solutionis tempore, quam currentem tempore contractus.* D. Larrea ex multis, dec. 22. num. 5. & alleg. fis. 84. num. 10. ibi: *Idq; ex eo quia marapetinus iam non extat notauit Sebastian. Couar. idem statuens in marapetinis antiquis in thesauro linguæ Castellæ verbo marauedi, & in varijs monetis Italis & in nostro ducatu qui constat 375 marapetinis, quæ moneta non extat sed est imaginaria, & in terminis nostri ducatus & in alijs monetis fictitijs vt qui eas comprehendit in obligatione non possit censeri debitor speciei sed quantitatis & generis tenet Scacia de comer § 2 gloss. 3. n 68. & ratio est quia istæ monetæ cōprehenduntur obligatione nō vt in eis debitor soluere teneatur sed vt exprimatur quantitas, quæ debetur*) los tomò en plata.

9 Cuya obligacion, siendo subsidiaria, y a manera de fiança, como lo dize Lima adicionador del señor Luis de Molina lib. 4. cap. 4. nu. 6. ibi: *Et vbicumq; bona maioratus obligantur, maioratus est ad instar fideiussoris.* Siempre se debiò hazer, y debe entender en el genero mas infimo. Bonus text. in l. fideiussor. 52. ff. mandati, ibi: *Fideiussor si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando liberari posse existimo á Reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se ab stipulatore licuit.*

10 Y assi mesmo se sigue auer obrado citra, vel præter dic. facultatem Regiam, porque en ella no se contiene calidad, ni condicion alguna de moneda, sino que pudiesse tomar veinte mil ducados a censo, quod enim non legitur in ipsa facultate, necessariò dicendum est, esse extra, vel citra illam.

11 La qual debiendose restringir, como se ha dicho, y probado, se trata de ampliar de contrato a contrato, de re ad rem, y de tempore ad tempus. Y que se trate de extender de contrato a contrato, es manifiesto, porque con la dicha condicion de pagar en plata, se diuersifica de la dicha facultad Real, y se haze irregular mediante la dicha condicion. D. Larrea decis. 24. num. 2. la qual por ser extraordinaria no ponen Monterroso, y Ribera en sus notas, ni pusieran los Escriuanos sin expresso consentimiento de las partes: por manera, que siendo la dicha facultad, y debiendose entender para vn contrato regular con las condiciones ordinarias, quieren los censualistas estenderla a los contratos irregulares que celebraron, y condiciones extraordinarias que pusieron, sin las quales, aunque huuieran entregado plata, no pudieran pedir reditos en dicha moneda, ni aun al dicho señor Duque don Fernando, con quien contrataron, l. veteribus placuit, ff. de pa-
ctis.

ctis. D Valenciale, conſ. 30. quia in dubio verba ſcripturæ, & promiſſionis interpretari debēt in fauorem eius, qui obligatus pretenditur, & contra ſe in verbis promiſſionis fundantem ex multis dict. Valenç. conſ. 9. n. 36. bonus text. in l. quicquid adſtringen. ff. de verb. oblig. ibi: *Quicquid adſtringēdæ obligationis cauſa dictum id niſi palam verbis exprimatur omiſſum intelligendum eſt, ac fere ſecundum promiſſorem interpretamur, quia ſtipulatori liberum fuit verba late concipere.* Bien del intento es la gloſſa, ibi verbo dictum: *Nec enim dicit ſimpliciter, niſi verbis expreſsis exprimatur ſed addit palam, ideſt euidentibus, & manifeſtis verbis, vt ſi quis ſtipulatur à Magiſtro nouo Brocard. ſuas putans omnes rationes in hoc comprehendi non tenetur quidem Magiſter, niſi ad hoc Brocard. vel fundum vel vinum in genere, & hoc propter nimiam obſcuritatem.*

12 A donde es de notar, que ſi lo dicho procede en los contratos propios ſin embargo de que in re ſua quilibet, eſt moderator, & arbiter, mas bien procederà en el mandatario, y executor (à maioritate rationis, quod argumentum optimum eſt in iure authenti multo magis, C. de ſacroſanctis Eccleſijs. Dominus Valenç. conſ. 185. num. 38. & conſ. 78. num. 48.) que no es dueño, ſino miniſtro de vna diſpoſicion ſtricti iuris, que no recibe extenciō, como ſe ha dicho en el num. 7.

13 Y de rem ad rem, por pedirle en virtud de la dicha condicion de pagar reditos en plata mas cantidad de la que debiera, ſi la dicha condicion no ſe puſiera bonus text. in cap. 1. de plus petitionibus, ibi: *Te quoque dubitare non credimus, quod cauſa plus petitur, cum aliquid in genere, vel ſub alternatione debetur, & rem in ſpecie, vel vnum præciſe peti contingit.* Melior text. in §. huic, inſtituta de actionibus, ibi: *Præterea ſi quis generaliter hominem ſtipulatus ſit, & ſpecialiter ſtichum petat, aut generaliter vinum ſtipulatus ſit & ſpecialiter campanũ, aut generaliter purpuram ſtipulatus ſit deinde ſpecialiter Tiriam petat, plus petére intelligitur, quia electionem aduerſario tollit, cui ſtipulationis iure liberum fuit aliud ſoluere, quã quod peteretur, quin etiam licet vilißimum ſit, quod quis petat nihilominus plus petere intelligitur, quia ſæpe accidit, vt promiſſori facilius ſit ſoluere, quod maioris pretij eſt.*

14 Lo qual no ſe permite en los Mayorazgos, en que no ſe debe hazer ninguna nouedad, aunque ſea aliuiandoles de pagar reditos, como ſucediera imponiendo nueuos cenſos de a veinte mil el millar, para redimirlos de catorze, vt notat Rodriguez de reditibus lib. 2. quæſt. 16. num. 54. quanto mas grauandole con nueuo interes de premio. Y mas cantidad de reditos de los que ſe deben pagar conforme a la dicha facultad Real, y a la ley, pues montando a razon de 20ꝗ. el millar la renta deſte cenſo, 86ꝗ625. marauedis, ſe le piden mas diez por ciento, por el interes de la plata. Bien al intēto lo diſcurre D. Larrea, dec. 37. num. 11. ibi: *Deinde quia cum facultatis Regiæ conceſsio ſit quadam iuris relaxatio gratia, & diſpenſatio non debet in ea attendi petitio, aut natura obligationis* (como ſucediò en eſte caſo, pues pidiendo facultad para tomar a cenſo 30ꝗ. ducados, ſolo ſe le concediò con la limitacion dicha para 20ꝗ.) *quæ reſpicit vſuras, ſed formalitas gratiæ, qua Princeps illud permittit relaxando prohibitionem iuris, & ideo ſat erit vt*

 ope-

operetur in sorte, nec extendatur in infinitum ad interesse & accessiones arg. l tutori, C. de neg. gest. maxime, quando de vsuris expressum non est, & Regiæ facultates angustè & strictè interpretandæ, non verò large, aut lato modó argumento cap. licet canon de electione in 6. cap. Apostolicæ de Clerico excomnicato &c.

15 Y porque assi mismo se le piden mas reditos de los que debia pagar, aunque no tuuiera interes la plata, porque debiendose diminuir el precio principal deste tributo, por las razones que adelante se dirán en el art. 3. num. 10. por deber ser su creacion a razon de veinte mil el millar, y no a menos, necessariamente se debiá de diminuir los reditos q̃ se pidẽ: por manera, q̃ pidiendose mas en virtud de la dicha facultad, se trata de estender de re ad rem.

16 Y de tẽpore ad tẽpus, queriendo hazer perpetua la dicha facultad, para en todo tiẽpo, ocasiõ, y acontecimiẽto, siendo tẽporal, y debiendo se entender, segun la circunstãcia, y variacion de los tiẽpos, en orden a q̃ se cumpla con pagar en moneda corriẽte. Opime Menoch. cons. 49 num. 22. §. 6. ibi: *Sexto accedit. quod nec ratione mutationis monetæ ob intrinsecam bonitatem habenda est hic ratio monetæ antiquæ, quod vt dicam mouet me summa authoritas Gemini cons. 137 & Roman. cons. 123. qui quidem ambo in eadem facti specie non dissimili ita responderunt ex contractu Pont. Max. approbato, Monasterium sancti Antonij tenebatur tradere Monasterio Montis maioris tot prædia. Ex quibus summa mille trecentarum librarum Turunentium annui reditus perciperetur. Et interim donec prædia traderentur, quod Monasterium S. Antonij numeraret quotanis libras mille & tercentum, eo contractus tempore moneta erat pretiosior deinde paulatim facta fuerat vilior intrinsecus cum pro quarta parte in minuta fuisset, ita vt quindecim soldi veteris monete valebant viginti ex nouis, & contra viginti ex nouis solum quindecim ex antiquis stimabantur responderunt tamen Gemin, & Rom. sufficere, quod solueretur reditus ex moneta currenti tempore solutionis atque ita, ex moneta recenti, & noua ea, præcipua ratione moti sunt; quod ille annus reditus constitutus fuerat ratione habita ad perceptionem fructum quẽadmodum vere contingit in casu nostro. Idem tenet Paric. in tractatu de vsuris, num. 809.* Surd. cons. 335. num. 16. ibi: *Quidquid sit in alijs dispositionibus communis videtur esse sententia, quod tempus solutionis attendatur quando agimus de debito, quod prouenit à lege, vel statuto.* Y como fuera cosa absurda dezir oy, quando ay tanta desigualdad, como son de cinquenta por ciento de la moneda de plata a vellon, que en virtud de facultad de su Magestad, y poder del Duque mi señor, para tomar dinero a censo, sin dezir en plata, ni vellon, se podria tomar en moneda de plata, y obligar a su Mayorazgo: de la misma manera lo es el afirmar que se pudo entonces en virtud de la dicha facultad, y poder. Surdo ibi supra num. 16. ibi: *Cuius dicti duplex est ratio secundum Rom: prima quod ex quo lex semper loquitur, cum casus euenit videtur tunc facta constitutio, seu lex: Secunda est, quia lex ipsa videtur mutari cum mutatione pecuniæ, & quod dicimus de lege, locum etiam debet in rescripto secundũ Rom. loco prædicto: quia statum, & rescriptum æquiparantur. Innocent. in cap. causam, quæ de rescriptis, & hanc sententiam in rescripto, vel priuilegio, qui est*

casus

casus noster probauit Cencelin in Clem. si beneficiorum de decim. & eum ibi, num.6 sequitur Ancharr. dicens, quod ille text. apertè loquitur quando agimus de debito contracto ex rescripto, gratia, vel priuilegio idem probauit Balencin. in tractatu de subsid. charitat. quæst. 87. Gigas dict. quæst. 98. num.2. & 3. & quando concessio facta est á Principe qui ignorabat valorem monetæ: hoc voluit Butr. in cap. quanto num. 12. versic. item hæc vera, de iureiurando. Sequitur Abb. ibi, num. 14. in fine, vers. quid autem in mandato, vbi allegat. etiam Guiliel. de Montelaud Brun. declar. 7 vers. prædicta.

17 Y porque siendo, como es, la obligacion del dicho Mayorazgo, de fiança, como lo nota Lima lib.4.cap.4.num.6. in fin. in add. ad Molin. siempre esta està dependiente del futuro contingente, vt notat Paulo de Castro in l. fideiussor. 17. §. stipulatione ff. de fideiussoribus, num. 1. ibi: *Si propter futurum, est dubium an fideiussor sit receptus in duriorem causam expectatur ille euentus, & interim fideiussio est impendenti. Nota hic illud vulgare, quod exitus acta probat, & quod ex futuro euentu aliquid declaratur facit de vsuris, l. si quis, & de iure fisc. l. non intelligitur, §. quando autem in fine.*

18 Y porque nunca pudo ser, ni fue la intencion de su Magestad grauar a los Mayorazgos con grauamen de tanto perjuizio, como es en estos tiempos pagar en plata lo que pudieran en vellon, si se huuiera guardado la forma de la dicha facultad de tomar la cantidad q̃ por ella se le concediò con las condiciones ordinarias, y no se pusiera la de pagar en plata, que valut iniqua est reijcinda argum. l. ex facto 43. ff de vulgari, & pupilari. *Verum voluntatem Principis inspicientibus potest dici eatenus id est tribuere voluisse, quatenus filius eius in eadem valetudine perseuerasset.* Et ibi: *Etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis, si adhuc id valere dicamus auferret enim testamenti factionem homini sanè mentis.* Como en nuestro caso la libertad de pagar en qualquiera moneda sin premio ninguno, entendiendo la dicha facultad, o estendiendola para tomar plata, y no genericamente como se debe entender, cap. suggestum 9. de decimis, cap. quanto 16. de censibus.

19 Debiendo ser al reues optime S. Hilario de Trinit. *Optimus lector est qui dictorum intelligentiam expectet ex dictis potius quam imponat & retulerit magis quam attulerit, nec cogat id videri dictis contineri, quod ante lectionem præsumpserit intelligendum.*

20 Siendo assi, que si su Magestad quisiera se tomara plata, lo dixera, como se dixo en alguna facultad de aquel tiempo que yo he visto cap. omnino 31. dist. ibi: *Vide incipiens quia non dixit numquid, non habemus potestatem sororẽ mulierẽ amplectendi sed circunducendi*, &c. cap. ad audientiam 12. de decimis, ibi: *Nam si intelligeremus tantummodo de noualibus vbi ponimus de laboribus de noualibus poneremus*, l. non aliter, ff. de legat, 3. l. vnic. §. si verò, C. de caducis tollen.

21 Cuya intencion fue de grauar, quando menos fuesse possible, la casa, y Estado de Alcalà, pues auiendo el dicho señor Duque pedido facultad para treinta mil ducados, para costear el viage de Barcelona, y lleuar su casa (para que no necessitaua de plata) solo se la concediò para 20U. con la limitacion que se vè en ella; quod enim vna via prohibetur

betur altera non debet admitti, segun la regla del derecho, lo qual se debe mucho atender. Menoch. conf. 49. num. 29 ibi: *Et mentem contrahentium in his esse maxime spectandam.*

22 Por manera, que segun lo que se ha dicho, no solo contrauino el dicho señor Duque don Fernando la facultad que se le diò, sino que obrò citra, & præter formam illius, obligando los bienes del Estado de Alcalà a la paga del principal, y reditos deste censo en moneda de plata, mientras no se redimiesse: con que se ha probado la menor de nuestro argumento.

ARTICVLO TERCERO.

1 De todo lo qual se infiere la consequencia, de que el dicho contrato de censo fue ninguno en el todo, ò a lo menos en el excesso, y que cumplirà el Duque mi señor con pagar en vellon, sin premio ninguno, segun la regla del derecho 64. *Quæ contra ius fiunt debentutiq. pro infectis haberi*, l. non dubium 5. ff. de legib. Bonus text. in l. 8. §. si prætor ff. de transact. ibi: *Prætori enim ea res quærenda commissa est non negligenda nec donanda sed et si non de omnibus inquisierit quã oratio mandat; hoc est de causa de modo de personis transsigentium dicendum est, quamvis de quibusdam quæsierit transactionem esse irritam.*

2 En los mesmos terminos de nuestro caso lo resuelue assi el señor Doctor don Francisco de Amaya, cuyas letras, y erudicion fue tan grande, como lo manifiestan sus Comentarios en el que hizo de los tres vltimos libros del Codigo in l. 1. C. de collat. æris, libro 10. n. 38. ibi: *Solum restat dicere, quod si facultate Regia aliquis census impositus est super rebus Maioratus & Conuentum est vt pensionum solutio in argentea moneta, Maioratus possessor, qui censum impossuit ad eam conuentionem tenebitur successor verò non tenetur pensiones soluere, nisi in ærea moneta absq; aliquo cambio, vt praxi multoties receptum est in curia quia cum facultas Regia sit stricti iuris, nec dicat in hac vel illa moneta (sed que podais tomar sobre vuestro Mayorazgo mil ducados) conuentio eius qui facultatem consecutus est non potest nocere successori, vt soluat in argentea moneta, cum ita Maioratus fiat deterioris conditionis contra tenorem facultatis, & plus quam à facultate concessum est*: que es lo mismo que se ha probado en nuestro discurso.

3 Y se ha determinado en diferentes pleitos, assi del Duque mi señor, como de los señores Marques de Montealegre, y Conde de Miranda, y otros desta calidad, por el Acuerdo todo de la Real Chancilleria de Valladolid, de que fueron Iuezes los mayores Letrados del Reyno, y entre ellos el señor Doctor don Francisco Salgado, en censos que se tomaron en virtud de facultades de los señores Reyes don Felipe Segundo, y Tercero, como consta en los testimonios presentados en el pleito: vno de los quales fue contra el señor Conde de Peñaranda, en que parece suplicò à su Magestad le diesse facultad, como se le concediò, para tomar a censo sobre su Estado cantidad de marauediles, para comprar plata para su seruicio, por auer seruido a su Magestad por via de donatiuo cõ la que tenia. Y otro del dicho señor Conde,

Conde, para tomar cantidad de marauedises, para redimir vnos tributos que se pagauan sobre su Estado, y crecerlos a 23. el millar, en los quales pleitos, aunque tomò plata, y se obligò a pagar reditos en plata, se declarò, que su sucessor cumplia con pagar en vellon, sin premio, ni interes alguno; decisiones grandes para el caso presente.

4 Y lo mismo se ha determinado en esta Real Audiencia, en el pleito que se siguiò cōtra el vinculo de Gandul; las quales decisiones, por ser de la Chancilleria, y desta Real Audiencia en el mesmo caso, y otros, en que pudo auer mas dificultad, se deben seguir: nam validum est argumentum, quod sumitur ex pluralitate sententiarum, ex multis D. Larrea, dec. Granat. 47. num. 14. & alleg. fiscal 24. num. 23.

5 Contra lo qual es de ningun momento dezir, que auiendo tenido el señor Duque de Alcalà facultad para tomar veinte mil ducados a censo, aunque en este huuiera excedido, tomandole en moneda de plata, de manera, que se reputasse por esta calidad auer tomado mas cantidad de los 20U. ducados, y obligadose a pagar mas reditos, todavia no se debia declarar por ninguno, por contenerse el dicho excesso dentro de la cantidad de los dichos veinte mil ducados, y que en el vltimo censo se podia, y debia considerar este daño, porque excederia de la dicha facultad, tomando todos los dichos veinte mil ducados en plata.

6 Porque se responde facilmente, que la nulidad deste contrato, conforme lo que se ha dicho, consistiò en no auer guardado la forma de la dicha facultad de tomar este censo con las condiciones regulares, sino con la irregular de pagar en plata; para lo qual no tuuo facultad, ni poder, ni potestad, ex defectu mandati, que es lo que se requiere en todos los actos humanos. Ex multis optime el señor don Iuan del Castillo, lib. 4. cap. 5. præcipue, num. 4. ibi: *Quibus omnibus, & alijs casibus testator quidem* (y en el caso presente quien diò este dinero, y lo recibiò) *si legem contempsit, aut formæ eius quam obseruare debebat, prout ex Bald. & alijs scribit Mantica dict. tit. 6. lib. 6. num. 6. y 18. & cum voluntas innanis sit cum qua non concurrit iuris potentia ex eisdem authoribus referendis.* No podràn los acreedores censualistas pedir el dicho premio de plata, por auer errado en el derecho, l. 1. l. vltima, §. si quis ius ignorans, & §. licet municipum, ff. de iuris, & facti ignorantia. Los quales son ningunos, no proporcionandose, y ajustandose con el poder, y facultad que tiene el executor a quien se cometen. Deuteronomij cap. 12. *Non facientes singuli, quod vobis rectum videtur, sed quod præcipio tibi hoc tantum facito Domino nec addas quidquam*: & Exodi, cap. 25. ibi: *Vide omnia facito secundum exemplar, quod tibi ostensum est in monte*: & Genesis 24. ibi: *A Domino egressus est sermo, non possumus extra placitum eius quidquam aliud loqui.* A donde se nota la palabra *extra*, que confirma lo q̄ tenemos dicho en el numero 3. art. 2. & Ioannis 14. ibi: *Sicut mandatū dedit mihi Pater sic facio*; quibus conuenit illud Diui Ambrosij, lib. de Paradiso: *Si quid addas vel detrahas præuaricatio videtur esse quædam mādati, simpliciter enim, & pura mandati forma tenenda est, vel testimonij series intimanda.*

7 *Vera est enim, & generalis determinatio nullam dispositionem vltra agredi, quam verba & tenor patiantur cum eius tenor sit forma ipsius etiam si aliud suadeat natura rei, quod locum habet in cunctis dispositionibus, & actibus scilicet legibus statutis, & priuilegijs concessionibus, testamentis compromissis, libellis instrumentis*, vt ad longum prosequitur de singulis plura in cõprobationem adducens Salgado de Regia protectione 4. parte, cuyas son las palabras referidas en el numero 48.

8 Y diferenciandose la dicha escritura de censo de la dicha facultad en ella inserta, segun se colige de su inspeccion para ser ninguna, como se ha probado, basta no auer guardado literalmente la forma de la dicha facultad, & quod formaliter sit nulla, etiam, quod non sit materialiter, excediendo en la cantidad que se debiò tomar, quod nihil ponit in esse. Bien al intento el Angelico Doctor santo Thomas, 1.2. q. 71. artic. 6. in corpore, ibi: *Habet autem actus humanus quod sit malus ex eo quod caret debita commensuratione; omnis autem commensuratio, cuiuscumq; rei attenditur per comparationem ad aliquam regulam á qua si diuertat incommensurata erit.* Bald. conf. 326. num. 2. lib. 1. *Dixit quod actus humani pendent, & regulantur á tribus videlicet à potestate voluntate & modo quia sine potestate nihil ad actum reducitur sine voluntate nihil consensu perficitur, & sine modô nihil in finem dirigitur.* Ex multis don Iuan de el Castillo, lib. 4. c. 5. in princ. dize, que para la validaciõ de qualquier acto, se debe cõsiderar *si in testatore vel disponẽte*, aũq̃ sea de sus propios bienes: *voluntas & potestas fuerit si etiam iuris forma, & solemnitas ab eo obseruetur, nec sufficit testatorem aliquid voluisse nisi id potuerit, nisi etiã debitis, atque à iure probatis modis actum conficiat.*

9 Lo segundo, se responde peremptoriamente, que siendo, como es, precio legal el de los censos, videlicet, que se ayan de criar, y imponer a razon de veinte mil el millar, y no a menos. l. 6. tit. 15. l. 12. & l. 13 tit. 15. lib. 5. recop.

10 Y estando esto aduertido, por la facultad Real que se concediò al señor Duque de Alcalà, la qual no fue absoluta, sino limitada, a que el censo que impusiesse sobre su Mayorazgo, huuiesse de ser a veinte mil el millar, se hallò sin ella, para obligarle a la paga de los reditos en moneda de plata. Salgad. in labyrinth. 2. part. cap. 10. num. 45. & 47. ibi: *Quod facultas & licentia data at alienandum seu hipothecandum bona Maioratus, vel faudalia sub aliqua conditione ac qualitate censetur sub contraria conditione dempta, & reuocata, quia tum deficit intentio, & consensus Principis facultatem concedentis.* Y assi consta de la facultad Real que se le diò, porque vinieran a quedar impuestos a menos de los dichos veinte mil el millar, quanto valia, y vale la precisa obligaciõ de pagar en dicha moneda, y no en otra, por quitar la libertad q̃ por derecho pertenece al deudor de pagar en la q̃ eligiesse, la qual haze parte de precio. l. si venditor, ff. de seruis export. ibi: *Quoniam ob hoc minoris homo videatur venisse.* l. periculi, ff. de nautico fenore, ibi: *In his autem omnibus, & pactum sine stipulatione ad augendam stipulationem prodest.* l. fundi partem, ff. de contrahenda emptione, ibi: *Nam hoc ipsum precium fundi videtur quod eo pacto venditus fuerit eoq; iure vtimur.*

Bien

Bien al intento de este pleito, aunque en acto de menos perjuizio, lo discurre Feliciano de censibus, lib. 1. cap. 10. num. 2. ibi: *Arbitrorque pactionem, qua agitur, vt debitor nequeat distrahere rem in qua census est constitutus inutilem esse iniustam, & illicitam quoniam cum per eam debitor pribatur libertate disponendi de re, cuius habet dominium plenum, & perfectum* (como en nuestro caso de pagar en moneda corriente, si genericamente se huuiera obligado el Estado conforme a la facultad Real) *vix est, vt non contineat maximum grauamen, & periudicium debitoris, & eum respiciat fauorem creditoris* (como en nuestro caso pagarle en plata y no en otra moneda) *æstimari debet pars prætij argum. text. in l. fundi partem ff. de contrahenda emptione, ideoque tanto minoris creditor emit quanti potest grauamen æstimari, quoniam in iure nostro constitutum est rem minoris æstimari, cum venditur aliquo cum onere, sub alia vé conditione quam si libere venditur cap. cum Ioan. de fide instrumentorum, vt notat Panormitanus, l. 1. §. si hæres ff. ad Trebe. Tiraquel. lib. 2. de retractu in præfactione, num. 2. Couar. variarum lib. 3. cap. 10. num. 1. at census minus iusto pretio constitutus nullus est, aut saltem iniustus, & illicitus, ergo conuentio de non alienando rē subiectum censui* (o de pagar los reditos en plata, quiera valga mas, o menos) *viciosa est, vtpotè qua efficiatur censum manere constitutum minus iusto pretio.* Ita Madius in tract. censuali. §. 23. num. 140. Rebellus Lessius, & Salas, quos refert, & sequitur Bonacin. disp. 3. quæst. 4. de censibus, num. 7. ibi: *Aduertendum est 2. in constituendo pretio census habendā esse rationem oneris censualistæ, qui rem emit redimibilem in gratiam censuarij.* Lo qual con Salas dize, que diminuye la tercera, o quarta parte, ibi: *Iustum pretium census esse tertiam, vel quartam partem minus quā alioquin valeat si absoluté emeretur.* El qual repite lo mismo en el num. 23.

11 Lo qual procede sin ninguna duda en el caso presente, por auerse obligado el dicho señor Duque, y obligado al dicho Estado *a pagar los reditos deste censo en plata, quier valga mas, o meues la moneda en Castilla, porque si diminucion o crecimiento huuiere en la dicha moneda, auia de ser a cargo de los sucessores en su Estado:* porque esto no se dize en la dicha facultad Real.

12 Y porque siendo caso fortuito no se pudo obligar a èl, y auiendose obligado conforme lo que se ha dicho, se fincò, y fundò el dicho censo contra la dicha facultad Real, y leyes de estos Reynos a menos de su justo valor, quanto vale la dicha condicion, y consiguientemente fue ninguno. Ita Bonacin. dict. disp. 3. quæst. 4. punct. 1. num. 26. optime Sarmiento cap. 1. sellec. num. 40. quē refert Feliciano, lib. 1. de censib. cap. 9. num. 12. ibi: *Quod constitutio census, quemadmodū non habet materiā praexistentē, seu naturalē sed solum datiuam à lege ideó si deficiant conditiones à lege imposita deficit materia census, & incidit contractus in vsurariam naturam, cui maxime hi census redimibiles sunt valde, propinqui, & ita natura census magis est ciuilis, & datiua, quam naturalis, & natiua.*

13 Contra lo qual es de ningun momento dezir, que auiendo pagado el principal en plata al dicho señor Duque, deben corresponder los reditos a la suerte principal, y pagarse en dicha moneda, por deber, como deben, ser los frutos ciuiles eiusdem qualitatis, & speciei de

de la suerte principal.

14 Porque se responde, q̃ el dinero est res sterilis, quæ pecuniam non parit, l. si nauis 62 ff. de reivendic. l. 3. ff. de vsuris de ninguna calidad; con que no procede el argumento de los frutos. De aqui es, que el cõtrato censual se justifica, comprandose el derecho de percebir pensiones en los bienes sobre que se imponen, y no stipulando vsuras, vt notat Feliciano de censib. tom. 1. lib. 1. cap. 4. num. 2. Auendaño de censib. cap. 17 num. 20. Rebello de obligatione iustitiæ, quæst. 1. num. 3. Scacia de commer. § 1. quæst. 1. ampliatione 7. num. 29. Bonacin. 3. part. quæst. 4. decem num. 7. porque esto fuera vsurario. Lesio de iusti. & iu. lib. 2. cap. 22. dubio 8. Salas in 2. 2. Diui Thomæ, dubio 24. ibi: *Nam fructus annuorum redditum non correspondent qualitati pecuniæ receptæ tempore impositionis, sed qualitati emptionis bonorum, ex hypothesis census & fructibus eorum.* Segun la extrauagante de Martino, y Calixto, & obligatio Realis in censu est principalis, & sine ea census diceres nullus, quia deficeret ratio fructum vt ex pluribus resoluit Auendaño de censibus, cap. 50. & 53. num. 10. & 58. & num. 40. Scacia de comert. §. 1. quæst. 1. num. 176. Gratiano cap. 654. num. 5. Molina, disp. 383. tract. 2. Pereira, decis. 66. Phebo, decis. 58. num. 6. præcipue quando aliquo modo potest suspicari, vt moneta argentea creuisset Lesio cap. 22. dubio 8. Pater Philippus de la Cruz Vasconcelos, en el tratado de los intereses, dubio 20. y 21.

15 Quod probatur duplici medio. El primero, que siendo iguales las monedas, y valiendo tanto el vellon como la plata, si esta condicion fuera licita, y no grauosa, de tal manera, que no hiziera parte de precio en los censos impuestos en plata, de la mesma manera procediera en los que se impusieron en moneda de vellon, pues venia a ser lo mismo recebirlo en esta moneda, que en la de plata, sin ninguna diferencia, sed sic est, que esta condicion no se admite, ni debe admitir en los censos que se impusieron en moneda de vellon, como lo notò el señor don Iuan Vela en el 2. tomo, discert. 28. num. 81. por ser illicita, como lo dexamos probado, y reconocẽ todos los DD. y es practica comun de todos los Tribunales, sin que aya quien diga lo contrario.

16 Luego necessariamente se ha de confessar, que procede lo mismo en los censos impuestos en moneda de plata, de que es ninguna esta condicion, y grauamen, de pagar en dicha moneda, o que si es alguna de la mesma manera se debe obseruar, y guardar en los censos impuestos en moneda de vellon, si non grauat, nec est pars pretij, sed hoc est apertè falsum, en sentencia, y practica comun, ergo illud ex quo sequitur.

17 El segundo medio es, que por leyes destos Reynos se prohiben los censos de frutos, porque estos no tienen precio legal, y fuera possible que los de vn año excediessen la suerte principal, y lo contrario procede en los que se imponen a pagar en dineros de contado, porque su tassa es cierta, sin que se pueda variar, videlicet, a razon de veinte mil el millar, pagando cinco por ciento, sed sic est, que quando se stipula

pula el dinero, no como tal sino como mercaderia sub genere subalterno, de oro, o de plata, y no de otra moneda, quier valga mas, o menos la moneda en Castilla (como en el caso presente) non stipulatur quatenus pretium, legale est, sed quatenus mers, que se compra, y vēde por los precios que le dàn los accidentes de los tiempos, a cuya variedad, y mudanças en su estimacion, y valor, estàn sujetas todas las cosas que se compran, y venden. Vt notat Bald. in l. cum proponas, C. de nautico fenore, num. 3. Stracha de mercatura, 1. part. num. 75. Nauarro in cap. nauiganti de vsuris, num. 32. ibi: *Quotiescumq; ob aliquam rationem, & non quatenus pretium est aliarum rerum considerabitur est mers, quæ pluris, aut minoris æstimari, & consequenter emi potest.* Scacia de comer. §. 1. quæst. 4. num. 28. ibi: *Et hic pecuniæ valor prout est pretium, & mensura rerum vocatur valor legalis estque invariabilis donec non variat lex, seu Princeps, sed considerata ipsius monetæ qualitate, & non considerato illo legali valore, vna moneta potest esse maioris, vel minoris valoris, quam alia, etiamsi earum valor legalis sit idem, vt puta plus valent centum ducati in auro, quam in argento, seu metallo inferiori, id patet comparando aurū ad argentum, nam aurum valet ad deaurandum, valet ad certo modo medendum, valet quia diuturnus est, & incorruptibilis.* Ant. Fab. de varijs nummariorum cap. 1. ibi: *Quemadmodum duplex est vsus calcei naturalis vnus & proprius, vt tegat pedē, alter improprius vt cum alia re de possit permutari ita duplex est vsus nummi vnus proprius, quatenus nummus est, vt res omnes æstimet, alius improprius, quatenus mers est & aurum, & argentum quod suam habet æstimationem & vtilitatem, etiam apud eos quibus nummus ille, quatenus nummus sit incognitus.*

18 Luego à paritate, & ratione legis (quod argum. validum est in iure) o por mejor dezir á comprehensione legis (ex multis Farinaci o in fragmen. verb. extentio à num. 50.) no valdrà este contrato, o stipulacion, por no ser precio legal el que se promete de cinco por ciento de reditos como debia ser, sino vna mercaderia variable en su estimacion, como es la meneda de plata, lo qual ha muchos años que experimentamos, por los crecidos precios que ha tenido, y tassas que las leyes le han puesto.

19 Nec probat contrarium la Prematica del año de 25. coufirmada por otra del año de 36. en que se reduxo el premio de la moneda de plata a razon de diez por ciento.

20 Porque se responde, que sea, y debe entender enunciatiue, & non dispositiue, l. qui testamento 20, ff. de probationibus, §. affinitatis, & §. socrum instituta de nuptijs. Dominus D. Ioseph de Vela discert. 1. num. 79. in nostris terminis 2. tom. discert. 28. à num. 77. Aluarez, action. littera D. num. 139. & littera T. num. 37. quando scilicet aliquid plus vltra sortem datum fuit pro solutione annuorum reditum in moneta argentea, imò Regia sanctio ad hoc venit vt minuerentur cambij & commutationes excessiuæ monetarum ærosæ, ac argenteæ pro soluendis reditibus illis de quibus erat obligatio constituta soluēdi in moneta argentea non tamen decidit, nec declarat, quando prædicta obligatio valida sit, nec quibus casibus, vel qualitatibus pactio

illa soluendi in argentea moneta, & non aliàs censuales reditus substineri possit, porque esto se dexa a la disposicion de derecho comun, & loquitur pragmatica supposita obligatione perfecta soluendi in pecunia argentea. Para lo qual no basta el pacto expresso de pagar en dicha moneda, sino que se requiere vt aliquid plus vltra sortem datum sit pro dicta solutionis qualitate, maxime quando ab initio monetæ æquales erant, como lo dexamos probado.

21 Y de qualquiera manera que se considere, aunque la dicha condicion de pagar los reditos en dicha moneda de plata fuera licita, y pudiera ligar, y obligar a los contrayentes, nunca pudiera a los sucessores en la casa, y Estado de Alcalá, por lo que dexamos dicho, de no auer guardado el señor Duque la forma contenida en la facultad en la creacion deste censo, de que fuesse a razõ de a veinte mil el millar, obligando su Estado a pagar cinco por ciento, sino que lo obligó a pagar mas reditos, quanto vale la dicha condicion de pagar en plata, y premio que oy se le pide: y porque el dicho Estado, ni sus sucessores no recibieron la dicha plata, ni comodidad, ni vtilidad alguna.

22 Y lo que vamos diziendo, y el excesso de la dicha facultad, se comprueua de que la moneda de plata, y oro en cantidad considerable, siempre ha sido de mayor estimacion, y valor, como lo dizen Scacia, y Antonio Fabro en los lugares citados supra numero 7. y 8. Y lo notò Ouidio lib. 1. Methamor.

Aurea prima est ætas, quæ vindice nullo,
Postquam Saturno tenebrosa in Tartara misso,
Sub Ioue mundus erat, subijtq; argentea proles,
Tertia post illam successit henea proles.
De duro est vltima ferro.
Protinus irrupit venæ prioris in æuum
Omne nefas fugere pudor verumq; fidesq;,
In quorum subiere locum fraudesq; dolīq;.
Insidiæq; & vis & amor sceleratus habendi.

23 Y se acostumbrò, y permitiò lleuar interes por trocarla, por la ley 4. tit. 18. lib. 5. de la Recopilacion, que se promulgò en 3. de Abril del año de 498. ibi: *Por quanto està por nós ordenado, y mandado, que ningunos cambiadores ni otras personas que cambiaron monedas de oro en estos nuestros Reynos, y dieren por ella moneda de plata, o de vellon no lleuen de troque, y cambio por vn castellano mas de quatro marauedis, y de vn ducado, o de vna dobla tres marauedis, y de vn florin dos marauedis.*

24 Y por la ley 5. que se promulgò el año de 503. ibi: *Pero no es nuestra intencion de prohibir, y vedar a los dichos cambiadores, que no puedan lleuar por el troque, o cambio de las monedas de oro por las trocar quando dieren por ellas reales, o moneda de vellon lo que por nuestras prouisiones està permitido lleuar y no mas.* Ex ornat, ex multis D. Valençuela, consl. 30. num. 5. En particular desde que se empeçò a labrar en mayor cãtidad por la ley 14. tit. 21 lib. 5. de la Recopilacion, promulgada el año de 1566. y creciò por auerla doblado, y resellado por mandado del señor Rey don Felipe III. cuyo daño se procurò euitar por cedula de el dicho

señor

señor Rey, de 28. de Enero de 1619. por la abundancia que della auia en estos Reynos, y la mucha que introducian los Estrangeros: de la qual dicha cedula se haze mencion al fin del titulo 21. del libro 5. de la Recopilacion: en el qual tiempo, por lo dicho, y por la costa, y embaraço de traginarla, se lleuaua premio, e interes considerable, como lo testifica Salgado en el laberinto credit. 2. part. cap. 8. num. 33. desde el año de 1612. Doctori enim attestanti de consuetudine credendum est donec probetur contrarium (y mas siendo Regnicola, y de tanta autoridad, y tan practico) Bart. in l. de quibus, ff. de leg. num. 21. Thusc. littera D. concl. 558. num. 7.

25 Conforme a lo qual, auiendose otorgado la escritura de censo de este pleito por 16. de Febrero del año de 19. quando la dicha moneda de plata se reputaua mercaderia, y estimaua tanto mas que la de vellon, cuya vtilidad percibiò el dicho señor Duque, y no el Estado, es cosa cierta y sin ninguna duda, que obligò al Estado de Alcalá contra citra, & præter la facultad Real que se le concediò imponiendo este censo a menos de a veinte mil el millar, y obligandole a pagar, demas de los 86624. marauedis de renta, por los vn quento setezientos y treinta y dos mil y quinientos marauedis de su precio principal, el interes de la plata.

26 Y por reconocerse este defecto, y la nulidad deste contrato juntamẽte con el dicho señor Duque, se obligó la señora Duquesa su muger con sus bienes dotales, cosa que no fuera necessaria si el dicho señor Duque pudiera obligar sus Estados en virtud de la dicha facultad, pues con esta obligacion quedaua bastantemente saneado, sin que se obligasse mi señora la Duquesa.

27 Y siendo ninguno ex defectu formæ non obseruatæ, etiam in minima quantitate en su creacion, por auerse fincado a menos de veinte mil el millar, como se ha probado, importa muy poco que la dicha cantidad sea intra limites facultatis Regiæ, de manera, que materialmente no huuiesse excesso, quia error seu excessus formæ, siempre se debe considerar como se ha probado. Et probat mihi text. in §. huic autem inst. de act. vbi plus petit, qui debitori electionem tollit, de pagar en la especie que quisiere, etiã quod vilissimã sit, quod petat, & non ex dat quantitatem, quia peccat in formalitate petionis; porque debiendo pedir genericamente, conforme a la obligacion, petit specialiter ideò corruit petitio tanquam formaliter iniusta, cuya deformidad consiste en no comensurarse, como se ha probado, con la obligacion, y pedir, como se pide, extra vel citra etiam si non contra, excediendo de la cantidad: cuius omissio in qualibet minima parte vitiat actum, etiam in actibus quantumvis fauorabilius, l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. oblig. ex multis Tiraquel. de retractu lignagier. gloss. 21. §. 1. num. 11. notant DD. in l. 1. ff. de liberis, & posthumus. Lanceloto, consil. 107. num. 27. *Nec inconveniens videtur q̃ pro modico defectu seu exigua re commissa, quis in summum errorem cadat, & graui pœna afficiatur, quia commissio rei, quæ de forma extat id operatur, nam cum actus annullatur forma non censetur leuis, sed grauis.* Et num. 30. ibi:

ibi: *Vt nec etiam error allegari valeat, & excuset ex quo summus in ijs, quæ ad iuris rigorem conseruandum introducta sunt, in quibus nemini erranti par citer & non refert, si per errorem, aut imperitiam vel simplicitatem fit ommissa forma quia actus nihilominus non valet, & in his minimis, quæ sunt de forma deplorare debet cum Roberto, vnde prouerbiale de modico momento rem magnam amittentibus carmen ortum est.*

Ob solum punctum caruit Robertus á cœlo.

Idem ad illud Diui Pauli ad Corinthios cap 5 & ad Galatas 5 ibi: Nescitis quia modicum fermentum totam corrumpit massam. Idem tenet Dominus Molina lib. 1. de primogenis cap. 9. num. 16. y 17.

28 Y obsta menos dezir, que por auer pagado largo tiempo este tributo en plata, o con diez por ciento, se debe continuar la dicha forma de paga, ex cap. olim & l. cum de in rem verso vsuris.

29 Porque demas de lo que a este argumento respondiò de muchas maneras Noguerol en su alegacion 2. desde el num. 76.

30 Se satisfaze, con que la decision de dicho cap. olim no se aplica al caso presente, por auer sido en orden a escusarse de pagar mas preciosa moneda con otra de menos calidad; ex cursu 40. annorum continuos, sin interrúpcion de auer pagado en otra; no empero para introduzir vna nueua obligacion mas dura, y de mas perjuizio en moneda mas preciosa; la qual no pudiera ser quia tempus non est modus inducendi obligationem, l. obligationum ferè, §. placet, ff. de actionib. & oblig. l. cum de in rem verso verbo longo.

31 Porque en nuestro caso no ha passado tanto tiempo, por auerse fincado este censo el año de 19. ni pagadose continuamente en plata, sino en vellon, como parece de las cartas de pago presentadas.

32 Y porque se procede contra bienes de Mayorazgo, contra el qual, y sus sucessores no se puede prescribir la dicha forma de paga, aunq̃ se huuiera hecho por quarenta años continuos. Barbos. in l. cũ nouissime, § illud, ff. de præscriptionibus num. 87. Gregorio in l. 10. tit. 4 partita 4. El señor D. Joseph Vela nouissime, dissertaciõ 28. num. 66.

33 Y porque auiendo hecho las dichas pagas los criados del Estado de Alcalá, no le pudieron perjudicar a sus dueños. Ex multis Noguerol vbi supra, num. 87.

34 Y porque la dicha prescripcion nunca pudo correr en vida del dicho señor Duque don Fernando, que fue el que otorgó este contrato contra la dicha facultad, cap. si Sacerdotes 10. quæst. 3. ibi: *Quia status contractus initia non sumpsit ab origine æquitatis.* Bart. in l. qui fundum 7. §. si tutor, ff. de præscriptionib. Guido Pap. quæst. 150. eius additionator Menoquio cons. 1118. num. 12. D. Molina de primoge. lib. 4. cap. 10. num. 3. & eius additionador Ant. Fabro lib. 4. tit. 38. C. definit. 7.

35 Y porque tampoco no pudo tener principio la dicha prescripcion despues de la muerte del dicho señor Duque don Fernando, y sucedido en el Estado la señora Duquesa Princesa de Montalto su hija, ni el Duque de Alcalà mi señor, por ser menores, y muger casada, y el Duque mi señor hijos de familias, l. quæcumq; de bonis, quæ liberis, gloss. in dict. cap. si Sacerdotes.

Ni

Ni pudo empeçar en el tiempo de la administracion deste Estado. Mateo Ferreir. adicionador de Guido Pap. dict. decis. 50. ibi: *Tempus autem quod á defuncto Prælato male alienante vsq; ad succesorem legitime, & Canonice institutum prælabitur in præserionis cursu non solet numerari quoniam Ecclesia vacante non est, qui rem Ecclesiæ tueatur, aut qui præscriptionem reclamanti, indubitati ergo iuris est vacante Ecclesia præscriptionem cõtiscere, vt Dñs. de Rota vissum est, decis. 7. de rerum permuta. in nouissimis. Abbas, & Felinus, &c.*

37 Y porque la dicha ley cum de in rem verso procede quando no huuo titulo, y pagò el dueño que pudo ratificar el contrato, el qual se presume, y si le vuo la solemnidad extrinseca por el discurso del tiẽpo, y pagas que se hizieron, lo qual no procede quando consta del titulo facultad, y mandato, ser el contrato ninguno por no auerse ajustado con èl ex vẽtre instrumenti, porque quod nullum est tractu temporis non conualescit, segun la regla de derecho. *Non enim bonus titulus præsumitur cum constat de invalido, & vitioso*, dixo Antonio Fabro, C. lib. 1. tit. 2. definicion 56. con Bald. Mascard. Ant. Gabriel, Ruino, y Veroyo, y otros, lo dixo Mieres de Maioratibus, quæst. 1. limitacion 1. num. 129. ibi: *Et vbi conditionaliter & pro formali aliquid disponitur nõ sufficit præsumptio ex solemnitate sed debet solemnitas clare probari, maxime quando ex actu, seu instrumento apparet nõ interuenisse* Zephalo cons. 187. vol. 1. num. 129. Farinacio en el Reportorio judicial, quæst. 79. n. 10. Dñs. D. Juan de Solorzano, lib. 2. de iure Indiarum, cap. 29. num. 15. ibi: *Quod adeò verum est, vt licet in præscriptione longi temporis sufficiat allegare titulum & bonam fidem, ne quis illum exhibere teneatur, tamen si producatur titulus, qui aparet iniustus, nil opitulabitur, imò causabit malam fidẽ:* vt in specie tenent muchos Doctores que cita: y lo mesmo fuera, aun que huuiera passado tiempo inmemorial, porque siendo el titulo manifiestamente nullo, cui lex omnino resistit immemorialis præscriptio elliditur cum præscribentem in mala fide constituat: assi lo afirma Lima adicionador del señor Luis de Molina, lib. 2. de primog. cap. 6. num. 60. §. de secunda.

38 Lo qual procede sin ninguna duda en la paga de los censos. Ita Feliciano, lib. 2. de censib. cap. 1. num. 24. *Moderationi, vel rescitioni census redimibilis in iusto pretio creati nullam obstare præscriptionem quia talis contractus iniustus aut fæneratitius est & quanto magis illicitum fænus continuatur tanto peccatum grauius est, & sic numquam purgatur, sed augetur tẽpore* (el qual ex multis prosigue) *quæ doctrina adeò quidem vera est etiam si census vltra centum, vel ducentos ann. aut longiori tempore fuerit constitutus, dummodò liquido constet de pretio, & qualitate constitutionis. Neq; obstat, quod tantò, vel minori tempore potuisset creditor adquirere talem reditũ sine vllo pretio quoniam respondeo id verum esse ex iusto titulo licet non vero, sed putatiuo, videlicet donationis legati, diuisionis, vel alias, vel quando non constat de initio vitioso, quia si de initio vitioso constat, vel defectiuo, creditor non possèt tanto tempore adquirere talem redditum, nec prodesset tempus, quãtumvis longissimum. Etenim tunc omnis perceptio, vel quasi possessio inde sequens super illo titulo fundata eodem vitio, quo continuatur, quotidie inficitur*

& sic quocumq; temporis lapsu, vel quasi possessione non obstante remanet redditus in eadem qualitate, in qua apparet fuisse ab initio. Faciunt notata per doctissimum Menoch. cons. 291. num. 10. 11. 12. & sequentibus, volum. 3.

39 Y porque la presuncion de la dicha l. cum de in rem verso præiudica al que paga, no al tercero que no tiene causa del, ni es su heredero, como lo es el Duque mi señor del señor Duque don Fernando. Gratian. discept. for. cap. 716. num. 29. ibi: *Maxime, quia huiusmodi legis præsumptio non debet nocere tertio, prout dicimus, quod præsumptio, de qua in lege cum de in rem verso ff. de vsuris, non præiudicat tertio nã ex præstatione decennali præsumitur titulus in præiudicium illius, qui vniformiter aliquid præstitit vt in futurum præsumatur obligatus. Menoch. præsup. 131. num. 59 lib. 3 cum secus sit quando ageretur de præiuditio tertij. Menoch. n. 9. Iason in l. si certis annis C. de pactis, nu. 15. Alex. cons. 1. nu. 2. & cons. 17 num. 8. lib. 4.*

40 Ex quibus venit reijciendus Noguerol, alegaciõ 2. que como Abogado defendiò la contraria opinion, que por serlo, por el afecto que tuuo a la causa que defendia, no difiriò a lo justo, como lo dize el Angelico Doctor, quæst. 3. ad Anibaldum, ibi: *Vel quia ratio sequitur voluntatem, vel quia voluntas imperat rationi, vel quia is cui aliqua opinio placet diligenter inquirit illa quæ sunt pro illa opinione, & negligenter ea, quæ sunt contra.* Quia aduocati, vt recte dixit Grammaticus, decis. 104. num. 1. *Illi negant plerumq; piper esse nigrum, & aliquando dicunt esse albũ.* Y Graciano cap. 186. num. 64. *Nulla mala causa est, quam peritus non facit bonam & quia DD. consulentes corrumpi facile possunt pretio aut precibus idcirco non ita creditur Doctoribus aliquid asserentibus in consilijs, quam in lecturis, & tractatibus seu commentarijs.* Dominus Larrea exornat ex multis dict. allegation 118. num. 21.

41 El qual queda conuencido, & habemus salutem ex inimicis nostris, en lo que discurre en el num. 52 ibi: *Tertio, & ex alio cap. Marchio D. Ioannes terminos dictæ facultatis non excessit, quia quãvis dicatur onerosum pactum soluendi redditus in argentea muneta, est certa conclusio, & ab omnibus recepta, quod data cẽsuario recompensa ei apponi potest, quodlibet grauiosum pactum, etiam contra naturam contractus, vt post alios resoluit Bonacina Salas Rodriguez Rebito Gutierrez Feliciano, Auendaño, & cum sit hæc prima facultas, quam Marchio obtinuit ad imponendum super suo Maioratu prædicta conditione soluendi in argentea moneta quia primi cẽsus, quos accepit fuerunt ad 16. & 18. vt supra ex num. 28.* Los quales con la nueua imposicion quedaron a razon de 20U. el millar, y mas aliuiado su Mayorazgo.

42 Et notatur quod minus bene, diga que tuuo conueniencia el Mayorazgo del Duque de Escalona, en que se tomasse a razon de a 20U. el millar, para redimir otros situados a 16. y a 18. porque con este crecimiento vino a pagar menos renta, y assi tuuo justa recompensa del pacto de pagar en plata, quando le fuera grauoso, y hiziera parte de precio.

43 Porque debiendo imponerse el censo en dinero de contado conforme a la ley, y a la facultad Real, a razon de a 20U. el millar, y dar algo

algo mas en dinero por el grauamen del pacto, y condicion de pagar en plata. Esto no se recompensa con la vtilidad de per accidens, que recibiò el Mayorazgo, empleando bien su dinero, no desembolsado el comprador cantidad alguna, como se debiera, en satisfacion del dicho pacto, quia in omnibus actibus attendi debet, quod principaliter agitur non quid sequatur, l. 2. §. denique, ff. de aqua plurib. arcẽd. l. Proculus, ff. de dam. infect. ex multis Surdo, conf. 528. num. 36. y 37.

44 Y siendo la prueua de su sentencia de la calidad que se ha visto, y contrariandose en ellas, no debe ser creido, ni estarse por ella, non est curandum de Doctore ambigue loquente, aut sibi contrario, ex multis D. don Ioseph Vela, discertat. 31. num. 3. Y por la mesma razon no se le debe dar credito de las executorias que dize ha auido por su sentencia, no constando dellas autenticamente, como consta delas que se alegan por el Duque mi señor, por los testimonios presentados. Thuscus, littera D. conclus. 558. ibi: *Amplia quia nec glossæ* (con ser tanta su autoridad) *attestanti aliquid per Papã iu fuisse declaratum credi debet, nisi de asserta declaratione constet etiam si dicat se vidisse declarationem.*

45 Cuya doctrina refuta Salgado en el laberinto 2. parte, cap. 8. num. 26. respondiendo a los fundamentos con que la defiende, a que nos remitimos, contentandonos con referir las palabras siguientes: *Non primam Noguerol tanquam absolutè affirmantem, & Regiam facultatem supramodum laxantem & extendentem, quam non comprobant fundamenta ab eo considerata: omnia etenim dumtaxat respiciunt comprehensionem eorum, quæ ex natura actus, super quo Regia facultas emanauit veniunt; quæ etiam in actibus sui natura strictissimi iuris quantumvis. Non expressa, sed tacitè sub intellecta includi certissimum est ex Doctoribus, & exemplis per eundem Noguerol abunde consideratis, sed hæc doctrina punctum nostrum non percutit, nec vllo modo eidem adaptari valet, agimus enim de facultate limitata ad mille, quo modo agitur possibile erit, quod alia quingenta super addita ex facto facultatem obtinentis sint, & proueniant ex natura actus nec facultatis cum potius natura rei limitatæ limitatos producat effectus, & natura diminutionis sit augmenti impeditiua. Si enim supponimus iuxta iniuriam, & infælicitatis temporis præsentis, mille ducata argentea valere mille, & quingenta ærosæ; qua igitur industria, aut iuris artificio possumus facultatem ad mille limitatam, ad mille, & quingenta protrahere, & extendere? Certe nullo.*

46 Y por lo mesmo no procede la distincion de Salgado vbi supra n. 33. de que desde el año de 12. que fue quando empeçò a tener mas valor la moneda de plata, procede la opinion de Amaya que se ha referido, si bien comprehende su doctrina, y es en fauor del caso presente, por auerse fincado este censo por principio del año de 19. quando el interes del vellon a plata era considerable, el qual dicho don Francisco Salgado contra la dicha su distincion votò, siendo Oidor de la Real Chancilleria de Valladolid, en el pleito que se ha referido, como lo testifica auer hecho el señor don Iuan Bautista de la Rea en su alegacion fiscal 118. num. 18. contra lo que escriuiò en las decisiones

Granat. como los hombres grandes lo hazen ex noua ratione, quod non est adscribendum ignorantiæ, sed potius sapientiæ, l. non vnquã vbi gloss. ff. de collatione bonorum, ex multis Dominus Larrea vbi supra, num. 21.

47 Lo qual tanto mas procede en el caso presente, porque el dicho señor Duque otorgò la escritura de censo en consideracion de que este dinero lo auia de recebir del Depositario General, donde estaua depositado, y solo parece vn recibo de Martin de Carmona, que otorgò en nombre de los dichos señores Duques, en que confiessa auer recebido vn quento setezientos y veinte y dos mil quinientos y quatro marauedis, de que se diò por entregado, sin que se diga en que moneda, ni conste de su numeracion.

48 Por lo qual se podrà pretender ser el dicho censo ninguno, no solo en quanto la condicion de pagar en plata, sino en el todo, conforme a lo que largamente discurre Feliciano, lib. 1. de censib. cap. 8. nu. 11. & cap. 9. num. 6. ibi: *De qua praxi cuperem mirum in modum iudices omnes attendere non solum illicitos sed etiam invalidos, & nullos esse contractus censuales qui fiunt non præsente & numerata pecunia non solum ex Romanorum Pontificũ constitutionibus sed ex ipsa natura rei iure diuino & naturali: nec habere momentum aliquod debitoris confessionem de recepto: quoniam fraudis & suspitionis plena est.* Ex multis Bonac. disp. 3. quæst. 4. num. 21.

49 De que se sigue tener obligacion de restituir los dichos censualistas al Duque mi señor, los premios, e intereses que se han cobrado a razon de a diez porciento por la reduccion de la plata a vellon, por ser en esta parte irrita la obligacion, y pacto que se otorgò de pagar en plata, excediendo de las dichas facultades, y poderes.

50 Quod probatur duplici medio. El primero porque quando el contrato, en cuya virtud se percibieron, fue ninguno en su origen, qual este es en el excesso virtute clausulæ irritantis, como se ha prouado, se deben restituir todos los reditos percebidos, aunque fuesse cõ buena fee, l. filio, §. contra tabulas ff. de inoffi. testam. l. 1. C. de dolo, ex multis Salgado de Regia protect. part. 4. cap. 14. à num. 150. Dominus Larrea dic. 42. num. 29. y la razon es. *Quia huius clausulæ virtus, & effectus talis est vt inficiat ipso iure non solùm titulum verum & possessionem & tantæ est efficaciæ vt etiam suos irritandi effectus operetur contra ignorantes.* Palabras son de Salgado in labyrinth credit. 1. p cap. 38. num. 42. que lo prueua largamente, demas de que aqui la huuo mala, como se ha prouado.

51 El segundo medio porque los marauedises que se repiten no son reditos, sino suerte principal indeuidamente pagada en diferentes años, pues no los produze el contrato de censo, que en si es ninguno en el excesso, l. si non sortem 26. ff de condi. indeb. ibi: *Proinde, & si sors antea soluta fuerit vsuræ supra legitimum modum solutæ, quasi sors indebita repetuntur.* Gloss. in l. si prior, § 1. ff. qui potiores, Milanensis decis. 8. num. 351. Graciano discept. forens. cap. 206. num. 18 & cap. 691. num. 16. & 911. num. 13. Anton. Fabr. lib. 4. Codicis tit. 24. dif. 23. ibi: *Promisseram soluturũ me pro te mille aureos Titio intra biennium si pro*

me

me Romam ires & interea septunces totius pecuniæ vsuras cum tu Romam ire cessares egi contra te ad vsurarum restitutionem , ac propterea ad earum vsurarum vsuras tanquam ex stipulu aut bonæ fidei iudicio debitas, placet non eo minus condemnari te ad eas oportere , quod accessionis accessio nũquam permittatur, neq; enim quod ad me attinet, accessionis ista accessio est, cum ex ijs vsuris , quas pro te solui constet sors , & principale debitum Rodriguez de annuis reditibus lib. 1. quæst. 17. num. 83. ibi: *Quia respondetur primò, quód hic nulli sunt fructus ex quo nulla est res , nullum afferens ius fructuum, cùm reditus sit ipso iure nullus, & sic pensiones non possent esse fructus rei, quæ non subsistit, sed solutiones indebitæ , nulla etiam possessio , vel quasi detecta nullitate, vt dictum est.* Assi lo discurre largamente D. Larrea videndus omnino, alleg. 24. per totam.

52 Y quando lo que se ha dicho no procediera con toda llaneza , como se ha probado , y en ello huuiera alguna duda , por lo mesmo se debia juzgar en fauor del Duque mi señor, como en caso semejante lo notò Menochio, cons. 49. num. 30.

53 *Nono ad misso quod res hæc esset dubia, & obscura , attamen adhùc pro censuario pronuntiandum erit, quando quidem in obscuris sequimur , quod minimum est: l. semper in obscuris, & l semper in stipulationibus, in fin de reg. iur: l. qui concubinam, §. cum ita l. 1. de legat. 3. & cap. ex parte, de censib. qui text in specie solutionis census loquitur, & in terminis nostris mutationis monetæ: ita argumentatur Nat. cons 192. num. 5. lib. 1.*

54 Por todo lo qual parece ser justo se enmienden las sentencias deste pleito, determinandole, como por parte del Duque mi señor se ha pedido. Saluo, &c.

Doctor Bernal Carrillo.